

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'affaire Geppetto ou les mutations de l'autorité parentale

Fierens, Jacques

Published in:

Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale

Publication date:

2006

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2006, 'L'affaire Geppetto ou les mutations de l'autorité parentale', *Divorce. Actualité juridique, sociale et fiscale*, Numéro 9, p. 129-144.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Doctrine

L'AFFAIRE GEPPETTO OU LES MUTATIONS DE L'AUTORITÉ PARENTALE

– *Ce Geppetto semble un brave homme ! Mais, en vérité, c'est un vrai tyran avec les enfants ! Si on lui laisse cette marionnette, il est capable de la mettre en pièces !*

Ils firent et dirent tant et si bien que le carabinier libéra Pinocchio et conduisit en prison le pauvre Geppetto. Incapable de trouver les mots pour se défendre, il pleurait comme un veau et, tout au long du chemin, murmurait en sanglotant :

– *Sale gamin ! Et dire que je me suis donné toute cette peine pour fabriquer une marionnette bien comme il faut ! Tout reste à faire !*

Carlo COLLODI, *Le avventure di Pinocchio, storia di un burattino*, (1883), tr. fr. Claude Sartirano, 2002¹

Pauvre Geppetto. A peine a-t-il donné la vie à Pinocchio, selon une des premières techniques de procréation artificielle, que sa progéniture lui échappe et lui pose de sérieux problèmes d'autorité parentale. La rumeur publique et la police ont tôt fait de le rendre responsable du comportement de son fils, insinuant bien sûr que les droits fondamentaux de l'enfant ne sont jamais tant menacés que par ses parents. C'est le papa qui se retrouve en prison à la place de son enfant, méditant déjà sur le "*Et dire...*" et le "*Tout reste à faire*" auxquels se heurtent les éducateurs, de générations en générations. Une histoire du XIX^e siècle, dites-vous ?

Il est rare de trouver de la jurisprudence ou des publications mettant directement en question la conception, la définition même de l'autorité parentale, pourtant manifestement en mutation². La plupart des litiges relatifs à l'autorité parentale concernent aujourd'hui son exercice, singulièrement les conflits entre ses titulaires³. Les démêlés entre parents et enfants aboutissent plus rarement en tant que tels devant les juridictions, même s'ils s'expriment souvent à travers les procédures menées par les premiers⁴. Parfois, la doctrine se

penche sur les limitations des pouvoirs des parents, spécialement en cas de placement de l'enfant en famille d'accueil ou en institution, volontaire ou contraint⁵.

Le droit civil ou le droit de la protection de la jeunesse (pour ne pas dire pénal) se sont révélés de plus en plus intrusifs dans la sphère familiale. En cas de défaillance des parents, réelle ou supposée, les intervenants sociaux, dont les juges, voudront tantôt les assister dans leur tâche éducative, tantôt se substituer à eux dans l'éducation ou la sanction des enfants, parfois déchoir ces parents de leurs droits. Le trajet a historiquement pour point de départ le féroce droit de correction paternelle hérité de l'Ancien régime et pour point final provisoire le stage parental instauré par la loi du 13 juin 2006, sorte de mixte entre l'assistance aux parents et la sanction de leur désintérêt à l'égard de la délinquance de leur enfant. De quels changements de la perception du rôle des parents ces évolutions sont-elles porteuses ? A quels changements sociologiques, anthropologiques, philosophiques peut-on les rattacher ?

On peut aussi, plus largement, se poser la question de savoir si le concept même d'autorité parentale est encore pertinent.

I^{re} partie: L'évolution de l'autorité parentale

1. La justification de l'autorité parentale

A. UN DROIT NATUREL ?

La puissance paternelle est définie par les rédacteurs du Code civil comme "*un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère, pendant un temps limité et sous certaines conditions, la surveillance de la personne, l'administration et la jouissance des biens de leurs enfants*"⁶.

1. <http://perso.orange.fr/claude.sartirano/index.htm> (oct. 2006).

2. Voy. cependant J.-L. RENCHON, "De l'autorité parentale. Livre I - Titre IX", *J.T., Numéro spécial du Bicentenaire du Code civil (1804 - 2004)*, 2004, pp. 269-272.

3. Voy. N. MASSAGER, "Autorité parentale et hébergement", dans *Droit des personnes et des familles. Chronique de jurisprudence 1999-2004*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 425-603.

4. La jurisprudence n'admet cependant pas que les enfants agissent en justice dans les litiges entre leurs parents, ni directement, ni par la voie de l'intervention, ni par le biais de la tierce opposition (Liège, 17 décembre 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1577).

5. Voy. le dossier thématique du *Journal du droit des jeunes*, n° 214, avril 2002.

6. LOCRÉ, t. III, Exposé des motifs fait par M. RÉAL dans la séance du corps législatif du 23 ventôse an IX (14 mars 1803), p. 331, n° 7 (orthographe modernisée). Voy. aussi la définition du projet: "*La puissance paternelle est un droit fondé sur la nature et confirmé par la loi, qui donne au père et à la mère la surveillance de la personne et l'administration des biens de leurs enfants mineurs et non émancipés par mariage*". (*Ibidem*, Procès-verbaux du Conseil d'Etat, séance du 26 frimaire an X (17 déc. 1801), p. 313, n° 5).

La “nature” a été appelée, tout au long de l’histoire, à justifier l’autorité du père ou des parents sur leurs enfants. Les travaux préparatoires du Code y renvoient constamment, indiquant par là que la conception de la puissance paternelle plonge ses racines dans le iusnaturalisme grec, relayé à leur manière chaque fois différente par les Romains, puis par le christianisme, puis par la Renaissance, puis par les Lumières. DIDEROT avait écrit: “*Si la nature a établi quelque autorité, c’est la puissance paternelle: mais la puissance paternelle a ses bornes, et dans l’état de nature elle finirait aussitôt que les enfants seraient en état de se conduire. Toute autre autorité vient d’une autre origine que de la nature*”⁷. L’exposé des motifs du Code de 1804, au Titre “De la puissance paternelle”, indiquera en écho: “*La nature et la raison exigent évidemment l’établissement de la puissance paternelle*”⁸.

L’invocation de la nature est encore très présente dans les débats relatifs au droit de la famille, comme l’ont montré les discussions relatives au mariage des personnes de même sexe ou à l’adoption par elles, mais demeure profondément ambiguë⁹. La nature, volontiers qualifiée d’immuable, dit pourtant des choses bien différentes selon les étapes de l’évolution du concept d’autorité parentale. La référence oscille depuis trois millénaires entre l’idée de lois extérieures à la volonté du législateur, supposées lisibles, qui s’imposeraient à lui, et l’idée aristotélicienne plus féconde d’achèvement des étants – ici les hommes, les femmes, les enfants, la famille, l’Etat – en tant qu’ils sont appelés à être pleinement ce qu’ils doivent être¹⁰. Il faut surtout voir, dans cette invocation constante de la nature, la tentative, consciente

ou non, d’exprimer les présupposés culturels d’un système juridique, celui que l’on installe ou celui que l’on prône, plutôt que la preuve de l’existence de normes extérieures à celui-ci. En d’autres mots, la “nature”, dans le Code Napoléon ou ailleurs, est la trace d’une conception de la famille qui tente avant tout de rendre compte de la cohérence du système qui se met en place, et il en va toujours de même aujourd’hui¹¹.

B. LA CONSÉQUENCE DE L’OBLIGATION D’ENTRETIEN ET D’ÉDUCATION

Le Code de 1804 ne justifie toutefois plus l’autorité parentale selon les idées classiques qui l’ont précédé, par le savoir des parents supérieur à celui des enfants¹², la maturité des premiers, leur âge ou l’affection qu’ils portent à leur progéniture, par la référence à un Dieu “paternel” (idée d’ailleurs déjà présente également chez les Grecs¹³), par l’absence de raison de l’enfant¹⁴, ou par l’argument de l’état de nature primitif cher aux contractualistes du XVIII^e siècle¹⁵.

Les droits des parents sur leurs enfants mineurs non émancipés sont présentés en 1804 comme la conséquence de l’obligation d’entretien et d’éducation. D’ailleurs, la définition donnée par le *Répertoire pratique de droit belge*, en 1951, complétera sur ce point celle de Henri DE PAGE en disant que la puissance paternelle est “*l’ensemble des droits que la loi accorde aux père et mère sur la personne de leurs enfants, tant que ceux-ci sont mineurs et non émancipés, en vue de leur permettre d’accomplir les devoirs d’entretien et d’éducation qui leur incombent*”¹⁶. Cette doctrine est toujours d’actualité¹⁷.

7. *L’Encyclopédie*, article *Autorité* (orthographe modernisée).

8. LOCRÉ, t. III, *ibidem*.

9. Voy. les discussions précédant la loi du 13 févr. 2003 ouvrant le mariage à des personnes de même sexe et modifiant certaines dispositions du Code civil, qui ont suivi l’exposé de M. Francis MARTENS, psychologue (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2002-2003, n° 2-1173/3), ou les discussions précédant la loi du 18 mai 2006 modifiant certaines dispositions du Code civil en vue de permettre l’adoption par des personnes de même sexe, qui ont suivi l’exposé de Mme Diane DRORY, psychologue et psychanalyste (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1460/6, pp. 24 et s.).

10. “*Ce que chaque chose est, une fois que sa genèse est complètement achevée, nous disons que c’est la nature (physis) de cette chose*” (ARISTOTE, *Politique*, tr. fr. J. AUBONNET, Paris, Les Belles lettres, 1960, Livre I, II, 8, 1252b).

11. LOCRÉ, t. III, Exposé des motifs, p. 331, n° 7.

12. C’est l’essentiel de la thèse du *Lysis* de PLATON. Voy. 207c et s.

13. Voy. ARISTOTE, *Politique*, Livre I^{er}, XII, 1, cité, 1259b, où l’autorité du père est dite “royale” et où le Stagirite sollicite Homère qui a désigné Zeus comme le “père des hommes et des dieux”. THOMAS D’AQUIN, *Somme théologique*, IIa, IIae, Q. 57, art. 4: “*Le fils comme tel, est quelque chose du père, ainsi que l’esclave comme tel, est quelque chose des son maître. Cela ne les empêche pas l’un et l’autre, considérés comme tels, d’avoir une substance propre qui les distingue des autres, et d’être, sous cet angle en relation de justice. Et c’est pour cela qu’on donne certaines lois sur les rapports du père avec son fils, du maître avec son esclave*”.

14. Voy. THOMAS D’AQUIN, *Somme théologique*, IIa, IIae, Q. 10, art. 12.

15. Jean DABIN n’hésitera pas à justifier la puissance paternelle par le droit d’auteur, “*sans paradoxe ou rapprochement inconvenant*” (J. DABIN, “Le contrôle de la puissance paternelle”, *J.T.*, 1947, pp. 17-23 et p. 33-39, ici n° 3).

16. Voy. H. DE PAGE, *Traité*, t. I, n° 754; R.P.D.B., v° *Puissance paternelle*, n° 1.

17. Voy. P. SENAËVE, *Compendium van het personen- en familierecht*, Louvain, Acco, 8^e éd., 2004, n° 1034; Y.-H. LELEU, *Droit des personnes et des familles*, Bruxelles, Larcier [Collection de la Faculté de droit de Liège], 2005, n° 745.

C. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT

ARISTOTE observait que “le pouvoir des procréateurs n’a pas d’appellation propre”¹⁸. Le vocable sous lequel notre droit a désigné la relation juridique existant entre le père ou la mère, d’une part, leurs enfants, d’autre part, a varié dans le temps. Le Code civil de 1804 évoque la puissance paternelle, traduisant *patria potestas*. Malgré la connotation latine de l’expression, les rédacteurs ont voulu expressément se démarquer de l’institution romaine en prétendant privilégier la conception coutumière héritée du droit germanique, spécialement en refusant au père des droits absolus sur son enfant. Une motivation exégétique de la Cour d’appel de Bruxelles du 27 juillet 1903 le rappellera avec raison¹⁹. L’opposition entre la conception romaine, toute de pouvoir, et la conception germanique, centrée sur la protection, ne doit cependant pas être exagérée, d’autant que les coutumes de l’ancien droit français étaient disparates, mais seule importe ici l’intention des rédacteurs du Code lorsqu’ils dessinent ce qui deviendra l’autorité parentale²⁰. Elle s’articule fondamentalement, à leurs yeux, autour du concept de protection de l’enfant mineur et non de droits des parents²¹. Les travaux préparatoires indiquent même qu’il a été question de parler de “droits et devoirs des pères” ou d’“autorité” pour ne pas dire “puissance”²². C’est d’ailleurs bien d’autorité qu’il s’agit déjà dans les articles 372 et 373 anciens du Code civil.

Le principe de “l’intérêt de l’enfant” n’a donc pas attendu la fin du XX^e siècle pour constituer l’énigmatique concept central du droit de la famille, de l’autorité parentale ou de la protection de la jeunesse, pas plus que la notion de droits-fonction, qui sera développée particulièrement par Jean DABIN, ne constitue une nouveauté

d’après-guerre²³. “L’autorité des pères et des mères sur leurs enfants, n’ayant directement d’autre cause ni d’autre but que l’intérêt de ceux-ci, n’est pas, à proprement parler un droit mais seulement un moyen de remplir dans toute son étendue et sans obstacle un devoir indispensable et sacré”, affirment les tribuns dès 1803²⁴.

A plusieurs reprises, il sera ainsi fait mention d’un tel devoir “sacré”, la sacralisation étant un autre moyen encore de légitimer la puissance paternelle. La perte progressive des fondements religieux du droit, qui s’était amorcée à la Renaissance, avait laissé place à la conviction que la raison est toute-puissante et permet de maîtriser le monde, les idées et les êtres humains, conception plus que jamais triomphante aujourd’hui en “Occident”. La Révolution française a dès lors sacralisé les droits eux-mêmes, œuvre de raison, parmi lesquels ceux du père figurent en bonne place²⁵. De nos jours, on y reviendra, ce sont plutôt les droits des enfants qui se voient parés des attributs du divin.

Dans le rapport d’autorité parentale, la seule obligation qui pèse sur les enfants est celle du respect de leurs parents, inscrite depuis l’origine dans le Code civil et manifestement inspirée du précepte biblique exprimé par le “sixième commandement” du Décalogue²⁶. L’article 371 du Code civil, tel que modifié par la loi du 13 avril 1995 en a fait une obligation réciproque: “L’enfant et ses père et mère se doivent, à tout âge, mutuellement le respect”. Cette obligation n’est toutefois pas sanctionnée.

II. La titularité et l’exercice de l’autorité parentale

Les droits et les devoirs de la puissance paternelle, lors de l’élaboration du Code civil,

18. ARISTOTE, *Politique*, Livre I^{er}, III, 2, cité, 1253b.

19. *Pas.*, 1904, II, p. 29. Pour le reste, cet arrêt refuse que la puissance paternelle sur les enfants soit confiée, après le décès du père, à la mère divorcée et adultère, remariée avec son “complice” en violation de l’article 298 du Code civil de l’époque. Il semble en effet inconcevable à la Cour que des enfants “soient obligés d’habiter chez celui qui a introduit le déshonneur sous le toit paternel, et qui est le complice et sans doute le provocateur de la faute dont leur mère s’est rendue coupable envers leur père”. Comment lira-t-on, dans cent ans, certaines décisions rendues aujourd’hui ?

20. Le pouvoir des pères, au sein des antiques tribus germaniques allait aussi jusqu’au droit de vie et de mort, comme César le souligne explicitement en ce qui concerne les Gaulois: *Viri uxores ac liberos vitae necisque habent potestatem* (Les hommes ont le pouvoir de vie et de mort sur leurs épouses et leurs enfants) (*De Bello gallico*, livre VI, 19).

21. “Nous naissons faibles, assiégés par les maladies et les besoins; la nature veut que dans ce premier âge, le père et la mère aient sur leur enfant une puissance entière, qui est toute de défense et de protection” (LOCRE, t. III, Exposé des motifs fait par M. RÉAL dans la séance du corps législatif du 23 ventôse an IX (14 mars 1803), p. 328, n^{os} 1-2).

22. LOCRE, t. III, Procès-verbaux du Conseil d’Etat, séance du 26 frimaire an X (17 déc. 1801), p. 315, n^o 11.

23. J.DABIN, “Le contrôle de la puissance paternelle”, cité.

24. LOCRE, t. III, Discours prononcé au corps législatif par M. ALBISSEON, orateur du tribunat, séance du 3 germinal an XI (24 mars 1803), p. 341, n^o 3 (orthographe modernisée par nous). De manière constante, on enseignera ultérieurement qu’“en cas de conflit entre la puissance paternelle et l’intérêt de l’enfant, c’est ce dernier qui doit l’emporter” (*Pandectes belges*, v^o *Puissance paternelle* (1905), n^o 8).

25. Dans la Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, qui constitue l’aboutissement de l’abandon de la référence divine et inaugure le droit moderne, les droits de l’homme eux-mêmes étaient sacralisés dans le préambule; le droit de propriété l’était spécifiquement dans l’article XVII. Le droit de puissance paternel ne figure pas dans la Déclaration, ni d’ailleurs aucun droit familial.

26. *Ex.*, 20, 12; *Dt.*, 5, 7.

visaient explicitement les parents mariés, selon l'article 203 qui figurait sous le titre "Les effets du mariage". Ils n'étaient pas encore un effet de la filiation en tant que telle²⁷.

Le Code Napoléon distinguait déjà clairement la titularisation et l'exercice. La puissance paternelle n'appartenait pas seulement au père, mais aussi à la mère, même si durant le mariage le père l'exerçait exclusivement.

Les règles prévues pour les enfants nés du mariage, qui ignoraient superbement les enfants naturels, leur furent appliquées par analogie, si du moins ils étaient susceptibles d'être reconnus. L'établissement de la double filiation des enfants adultérins ou incestueux était exclu, comme c'est encore le cas aujourd'hui pour ce qui concerne les seconds²⁸. Pour les enfants naturels reconnus, l'exercice exclusif de la puissance paternelle par le père n'était pas d'application²⁹. *A posteriori*, la solution applicable jusqu'en 1974 aux enfants nés hors mariage apparaît plus moderne que celle qui disqualifiait la mère légitime.

Ainsi va le Code civil pendant plus d'un siècle. Après les guerres qui rappellent à leur manière aux hommes que les femmes comptent aussi, la loi du 30 avril 1958 relative aux droits et devoirs respectifs des époux institue en théorie l'exercice conjoint de la puissance paternelle, mais consacre la prépondérance du mari en cas de divergence entre les parents. La loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse³⁰ conserve ce système. Ce n'est qu'avec la loi du 1^{er} juillet 1974 modifiant les articles 221, 373 et 389 du Code civil et abrogeant l'article 374 du même Code, que l'égalité des époux dans l'exercice de la puissance paternelle est de règle, sous forme concurrente. L'expression même de "puissance paternelle" est de plus en plus critiquée, et les auteurs préconisent de parler d'"autorité parentale"³¹. Ce changement de vocable est consacré par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, en même temps que l'identité de régime de

l'autorité parentale quelle que soit la qualité de cette filiation: dans le mariage ou hors mariage, y compris adultérine.

L'autorité parentale est ainsi devenue et est demeurée jusqu'à présent un droit nécessairement lié à la filiation. Elle ne peut appartenir qu'aux parents, éventuellement adoptifs. Ni le tuteur, selon l'article 405 du Code civil, ni le tuteur officieux visé par l'article 475*bis* du Code civil, ni le protuteur visé par l'article 34 de la loi du 8 avril 1965 en cas de déchéance de l'autorité parentale, ni le tuteur visé par l'article 65 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale, ni le tuteur désigné conformément au titre XIII, chapitre 6 "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés" de la loi-programme du 24 décembre 2002, ni la personne exerçant la garde de l'enfant si elle n'est pas son auteur ne deviennent titulaires de l'autorité parentale, même s'ils doivent prendre soin de la personne du mineur, dans bien des cas gérer ses biens, et même s'ils exercent certaines responsabilités qui font partie, pour les parents, des attributs de l'autorité parentale.

Sous l'empire de la loi du 31 mars 1987, l'exercice demeurait concurrent tant que les parents vivaient ensemble. Si tel n'était plus le cas, celui qui avait la garde matérielle exerçait seul l'autorité sur la personne de l'enfant, sauf les exceptions prévues par la loi, comme le droit de consentir au mariage ou à l'adoption, et administrait ses biens.

La loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale consacre le régime de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, mais, surtout, le maintient en principe même quand les parents sont séparés³². Il faut voir dans cette réforme davantage une injonction adressée aux couples en conflit que l'adaptation du droit à l'état des relations sociales. Bien au contraire, en pratique, les coups de force des parents séparés sont encore légion dans cette matière "où les voies de fait font la loi des parties bien plus souvent que la loi elle-même"³³, au point que

27. F. RIGAUX, *Les personnes*, T. 1^{er}, *Les relations familiales*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 3042.

28. Par arrêt n° 169/2003 du 17 déc. 2003, la Cour d'arbitrage a dit pour droit qu'en ce qu'il ne permet pas au père de reconnaître l'enfant, lorsque la reconnaissance ferait apparaître entre la mère et lui un empêchement à mariage, dû à l'alliance, dont le Roi ne peut dispenser, lorsque ce lien d'alliance a disparu, l'article 321 du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution. Il s'agissait d'un enfant conçu par un homme avec la fille de son épouse dont il était divorcé. Par arrêt n° 157/2006 du 18 oct. 2006, la Cour d'arbitrage a toutefois dit pour droit que l'article 161 du Code civil, en ce que, combiné avec les articles 163 et 164 du même Code, il prohibe de manière absolue le mariage entre un beau-parent et un bel-enfant après le décès du conjoint qui a créé l'alliance, viole les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme.

29. R.P.D.B., v° *Puissance paternelle* (1951), n° 4; F. RIGAUX, *Les personnes*, t. I, *Les relations familiales*, cité, n°s 3084 et s.

30. Le titre de cette loi a été récemment modifié par l'article 2 de la loi du 13 juin 2006. Lorsque celui-ci entrera en vigueur, la loi du 1965 sera la "Loi relative à la protection de la jeunesse, à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction et à la réparation du dommage causé par ce fait". Ce changement de titre, destiné avant tout à satisfaire l'opinion publique quasiment toute-puissante en la matière, n'a guère de portée juridique. Depuis 1965, la loi prend en charge les mineurs ayant commis un fait qualifié infraction.

31. P. MAHILLON et J.-P. MASSON, *Novelles, Protection de la jeunesse*, Bruxelles, Larcier, 1978, n° 64 et les réf.

32. Voy. J.-L. RENCHON, "La nouvelle réforme législative de l'autorité parentale", *Rev. trim. dr. fam.*, 1995, pp. 361-434.

33. N. MASSAGER, "Autorité parentale et hébergement", *op. cit.*, n° 512, p. 566.

d'aucuns préconisent de confier les enfants à celui des parents qui respectera le mieux les droits de l'autre³⁴.

Le droit d'hébergement est un des principaux attributs de l'autorité parentale. Son exercice pose plus particulièrement de fréquents problèmes en cas de séparation des parents. La loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant constitue la dernière péripétie d'une activité législative plutôt fébrile en matière d'autorité parentale³⁵. Elle est également d'ordre largement incantatoire. Cette réforme veut cette fois suggérer au juge qui était et demeure seul investi de l'appréciation ultime de l'intérêt de l'enfant au cas par cas, que la meilleure solution est *a priori* l'hébergement égalitaire, du moins si l'exercice de l'autorité parentale est conjoint. L'exposé des motifs prétend améliorer avant tout la prévisibilité des solutions³⁶. Ce n'est plus au parent qui sollicite l'hébergement égalitaire de démontrer la pertinence de celui-ci mais au parent qui s'y oppose d'établir qu'il existe une contre-indication. Les juges qui s'écartent du modèle doivent motiver leur décision. L'avenir dira si les exceptions seront ou non plus nombreuses que les cas d'application de cette règle optative.

III. Le soutien à la parentalité

La manière dont est conçue l'autorité parentale entraîne dans le chef des parents divers corollaires qui s'analysent surtout en termes d'obligations, de devoirs ou d'interdictions. Ainsi, la puissance paternelle ou l'autorité parentale touchant à l'ordre public, il a toujours été considéré que le ministère public a le droit d'agir et de requérir en la matière, que les juges peuvent l'aménager en restreignant l'exercice de ses attributs ou qu'elle ne peut être

cédée³⁷, même à ceux qui assurent la garde matérielle de l'enfant le cas échéant. Ainsi encore, les parents sont-ils responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs en application de l'article 1384, alinéa 2, du Code civil, qui présuppose soit une faute dans l'éducation, soit dans la surveillance de l'enfant³⁸.

Mais l'autorité parentale entraîne – ou entraîne – aussi, explicitement ou implicitement, des droits corollaires dans le chef des parents, destinés à les aider dans leur tâche d'éducation, d'entretien et d'exercice de l'autorité. Les parents ont le droit d'être aidés par la puissance publique. On mentionnera, sans prétention à l'exhaustivité, le droit de correction paternelle, le droit à l'assistance éducative et le droit aux prestations familiales et à l'aide sociale.

A. LE DROIT DE CORRECTION PATERNELLE

La forme la plus ancienne de l'aide publique à la parentalité est le droit de correction paternelle, inspiré du droit ancien, cette fois du Bas-empire romain³⁹.

En 1804, il permettait au père de faire emprisonner son enfant de moins de seize ans pendant un mois maximum, en réclamant au président du tribunal d'arrondissement un ordre d'arrestation dont celui-ci n'appréciait pas l'opportunité (art. 376 et 383 anciens C. civ.). Si l'enfant avait seize ans ou plus, le père requérait cet ordre mais la décision appartenait au président du tribunal (art. 377 ancien C. civ.). L'emprisonnement pouvait cette fois être prononcé pour six mois. La mère était investie d'un pouvoir semblable si elle exerçait la puissance paternelle, par exemple en cas de décès du père, mais l'appréciation du tribunal se substituait toujours à la sienne (art. 381 ancien C. civ.).

La loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfant entendra notamment limiter les pouvoirs du père et sanctionner les "abus" en la matière⁴⁰.

34. *Ibidem*, n° 450, p. 489; n° 512, p. 565.

35. *M.B.*, 4 sept. 2006.

36. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51 1673/001, p. 5.

37. Contrairement à la solution retenue aujourd'hui en France. L'art. 377, al. 1^{er} et 2, du Code civil français, tel que modifié par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 porte :

"Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale."

Dans un arrêt du 24 févr. 2006, (Cass. fr., 1^{ère} ch. civ., 24 févr. 2006), rendu sur l'avis contraire de l'avocat général, la Cour de cassation a jugé que l'intérêt supérieur des enfants peut justifier que l'autorité parentale soit partagée entre une mère et sa compagne.

38. Cass., 5 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 390; Cass., 20 janv. 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 2157; Cass., 14 févr. 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 344, note.

39. En 1663, la Cour de Grenoble a connu du cas d'un fils condamné par son père à 22 ans de galère... (cité par H. TAUDIÈRE, *Traité de la puissance paternelle*, Paris, Pedone, 1898, p. 60).

40. Voy. F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse. Aide, assistance, protection*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 49 et s. Jean DABIN avait toutefois fait observer que la notion d'abus ne convenait pas à l'exercice d'un droit qui n'est pas dans l'intérêt de son titulaire, ce qu'est la puissance paternelle depuis 1804 ("Le contrôle de la puissance paternelle", cité, n° 1).

Cette législation a introduit en droit belge la déchéance de la puissance paternelle, dont il sera question plus loin. Dès avant sa mise en vigueur, les tribunaux s'étaient reconnus compétents pour contrôler la puissance paternelle par l'octroi, si nécessaire, de la garde à la mère ou à un tiers⁴¹.

La loi du 8 avril 1965 prévoit encore, comme une "mesure à l'égard des mineurs", la plainte en correction paternelle. L'article 36, 1^o, qui dispose que "*le tribunal de la jeunesse connaît des plaintes formées par les personnes investies de la puissance paternelle ou qui assument la garde en droit ou en fait d'un mineur de moins de dix-huit ans qui, par son inconduite ou son indiscipline, donne de graves sujets de mécontentement*", n'est cependant plus en vigueur, fort théoriquement, qu'en Région bruxelloise⁴². Cette disposition semble de toute façon n'avoir que très rarement été mise en œuvre, même avant son abrogation par les décrets communautaires⁴³. Le législateur se souciait fort peu de cette ineffectivité de la norme, comme en témoigne la formulation désuète qui n'avait jamais été adaptée aux évolutions, puisqu'elle vise encore la puissance paternelle.

Il oubliait aussi, à moins qu'il ne l'ait jamais su, que les parents, d'expérience, voient souvent davantage dans l'intervention du tribunal de la jeunesse ou de l'autorité en général, une menace sur leurs droits parentaux plutôt qu'un appui potentiel à l'éducation de leurs enfants. "*De nombreux parents disent qu'ils ne s'adressent à un service que s'ils y sont acculés; ils reportent cette démarche le plus longtemps possible. Ils ajoutent qu'ils hésitent à conseiller à leurs relations d'aller vers des professionnels de l'aide. Très souvent, par exemple, c'est par l'intermédiaire du parquet ou d'autres intervenants (école, hôpital, voisin...) que des parents entrent en contact avec un SAJ, ce qui les disqualifie dès le départ. Les aides ne seront efficaces que le jour où le milieu fera courir le bruit qu'elles ne sont pas dangereuses*"⁴⁴.

B. LE DROIT À L'ASSISTANCE ÉDUCATIVE

La loi de 1965 ajoutait à la plainte en correction paternelle, mais cette fois au titre d'une "mesure à l'égard des parents", l'assistance

éducative, aujourd'hui intégralement transférée aux Communautés. Cette mesure a toujours davantage relevé du contrôle social que de l'aide véritable, d'autant que les moyens des délégués des tribunaux de la jeunesse, comme aujourd'hui ceux des Communautés, ont été constamment limités⁴⁵. Les praticiens savent que l'assistance éducative a généralement signifié l'une ou l'autre visite d'un travailleur social à la maison, à des intervalles de plusieurs mois, sans plus sauf incidents, ou le renvoi vers des intervenants privés qui se démarquent mal de la puissance publique, d'autant qu'ils lui font rapport.

Les systèmes d'aide à la jeunesse instaurés par les Communautés organisent aujourd'hui les aides éducatives sollicitées par les parents. Pour la Communauté française, l'article 2, alinéa 1^{er}, 1^o, du décret du 4 mars 1991 relatif à l'aide à la jeunesse vise spécialement les "*personnes qui éprouvent de graves difficultés dans l'exécution de leurs obligations parentales*"⁴⁶.

Le rapport de méfiance entre les titulaires de l'autorité parentale et les intervenants institutionnels perdure sans aucun doute aussi dans ce domaine d'intervention.

C. LE DROIT AUX PRESTATIONS FAMILIALES ET À L'AIDE SOCIALE

Les allocations de naissance, d'adoption et les allocations familiales ont une longue histoire qu'il n'est pas possible de commenter ici. Elles ne concernent pas les parents en tant que tels, mais plutôt les personnes qui supportent la charge économique d'un enfant. Le lien avec l'autorité parentale, pour fréquent qu'il soit, n'est ici que factuel.

Le soutien financier que représentent les prestations familiales est indispensable, dans beaucoup de familles, pour leur assurer un niveau de vie acceptable.

Elles n'ont cependant pas pour but unique d'aider les parents à remplir matériellement leur devoir d'éducation et d'entretien. Elles soutiennent à leur façon le système économique et la hiérarchie sociale instituée. Ainsi, un étudiant en médecine bénéficie beaucoup plus longtemps des allocations familiales qu'un jeune qui devient ouvrier à 18 ans, mais celui-ci cotisera pour le

41. Voy. J. DABIN, *ibidem*, n^{os} 10 et s. Le premier arrêt cité est Gand, 10 août 1870, *Pas.*, II, p. 364.

42. A propos des problèmes de compétence propres à la Région de Bruxelles-Capitale, voy. l'ordonnance du 29 avril 2004 de l'assemblée réunie de la Commission communautaire commune relative à l'aide à la jeunesse, attendue depuis des années, qui n'est cependant pas encore en vigueur à défaut d'accord de coopération.

43. M. BEUKEN, I. DULIÈRE, I. RAVIER, "Etude monographique de 5468 jugements des juridictions de la jeunesse", *J.D.J.*, 1989, n^{os} 4-5, p. 21.

44. Centre pour l'égalité des chances et lutte contre le racisme, Service de lutte contre la pauvreté, *Rapport 2005*, p. 40 (disponible sur <http://www.luttepauvrete.be/rapportbisannuel3.htm> - consulté en oct. 2006).

45. Voy., pour une analyse du contrôle de l'Etat sur les familles en France, Ph. MEYER, *L'enfant et la raison d'Etat*, Paris, Seuil, coll. Points politique PO 88, 1977.

46. Voy. aussi spécialement l'article 36.

premier qui gagnera beaucoup mieux sa vie ultérieurement⁴⁷.

Les allocations familiales représentent d'abord un droit des allocataires. Elles sont aussi un droit des enfants, c'est-à-dire des bénéficiaires dans le vocabulaire qui gouverne la matière. L'affectation de l'allocation, par l'allocataire, au bien-être du bénéficiaire est à l'évidence un droit dans le chef de celui-ci, comme le prouve la possibilité d'une tutelle aux prestations familiales créée par la loi du 8 avril 1965. Cette dernière mesure relève aussi à présent des instances communautaires, mais toutes l'ont maintenue à travers les décrets d'aide à la jeunesse, contrairement à la plainte en correction paternelle. La tutelle aux prestations familiales, si elle semble relativement rare, est néanmoins vécue comme une sanction par ceux qui en font l'objet, que l'on trouve surtout dans les classes sociales défavorisées.

La suppression des prestations familiales revient à la mode dans certains discours politiques, à titre de sanction de la délinquance des jeunes, comme si diminuer les ressources matérielles d'une famille l'aidait à mieux élever ses enfants⁴⁸. Quelques parlementaires, en Belgique, sont actuellement contaminés par ces idées⁴⁹.

Les centres publics d'action sociale sont investis d'une mission d'aide générale, qui peut évidemment, le cas échéant, concerner l'aide matérielle ou immatérielle à l'éducation des enfants⁵⁰. Toutefois, l'efficacité de cette aide est, elle aussi, limitée de multiples façons, notamment par la mauvaise coordination avec les autorités communautaires d'aide à la jeunesse, les intervenants ayant tendance à se renvoyer la balle, ou, encore une fois, par le manque de moyens humains et matériels des CPAS.

En sont exclus les parents de nationalité étrangère en séjour illégal⁵¹, dont les enfants peuvent présenter des problèmes spécifiques de comportement. Un intéressant arrêt de la Cour d'arbitrage n° 66/2006 du 3 mai 2006, rendu sur question préjudicielle, se heurtait au problème de la détermination de l'aide sociale d'un enfant belge dont les parents étrangers se trouvaient en séjour illégal en Belgique, et à ce titre ne se

voyaient créanciers que d'une aide sociale limitée à l'aide médicale urgente. La Cour précise que *"dès lors que l'aide sociale doit prendre en considération l'ensemble des besoins de l'enfant, il convient de tenir compte, pour la fixation de l'aide sociale à octroyer à cet enfant, de la situation familiale de cet enfant, ainsi que de la circonstance que le droit à l'aide sociale de ses parents en séjour illégal est limité à l'aide médicale urgente"*⁵². On en arrive ainsi à un curieux retournement, induit par les contradictions de notre système d'aide sociale, qui octroie une aide à l'enfant parce que ses parents sont dans le besoin, plutôt qu'une aide aux parents parce qu'ils ont la charge d'un enfant.

Comme lorsque interviennent les juridictions de la jeunesse, les autorités communautaires, ou leurs délégués respectifs, même dans le cadre de l'aide consentie, un des principaux obstacles à une aide efficace à la parentalité réside dans le fait que l'intervention du CPAS est d'abord considérée par les parents comme une menace contre l'intégrité de la famille, à travers le risque de placement des enfants, parfois à travers les pressions exercées sur un membre du couple pour qu'il quitte l'autre, ou encore à travers la possibilité pour les familles en séjour illégal d'être détenues en centres fermés et expulsées.

IV. La déchéance de l'autorité parentale

Comment ne pas mentionner la mesure ultime que constitue la déchéance de l'autorité parentale, introduite dans notre droit par la loi du 15 mai 1912 ? Elle visait à limiter les pouvoirs du père lorsqu'il les détournait, ou plutôt les retournait contre son enfant. Elle était obligatoire dans le cas de certaines condamnations pénales des parents, ou facultative, notamment en cas de mise en péril de la santé, de la sécurité et de la moralité de l'enfant⁵³. La matière est actuellement régie par la loi du 8 avril 1965, en ses articles 32 et 33. La déchéance est devenue facultative dans tous les cas. Elle constitue en principe une mesure de protection de la jeunesse et non une peine, bien qu'elle soit inscrite au casier judiciaire.

47. Pour d'autres aspects de l'ambiguïté du système, voy. J. FIERENS, *Droit et pauvreté. Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992, n°s 412 et s.

48. Une proposition de loi française déposée le 8 juin 2004 par Madame Chantal BRUNEL (UMP), n° 1645, propose aussi la mise sous tutelle des prestations familiales en cas de polygamie.

49. Voy. l'interpellation de M. Jean-Luc CRUCKE à Mme Catherine FONCK, ministre de l'Enfance, de l'Aide à la jeunesse et de la Santé, concernant "la suppression des allocations familiales", *C.R.I.*, Parl. Comm. fr., 2005-2006, 2 mai 2006, n° 13, p. 26.

50. Voy. les articles 1^{er} et 57, § 1^{er}, de la loi du 8 juill. 1976 organique des centres publics d'action sociale.

51. Voy. l'article 57, § 2, de la loi du 8 juill. 1976 et le contentieux permanent qu'il suscite depuis de nombreuses années, tant devant les juridictions du travail que devant la Cour d'arbitrage: cette dernière n'en finit pas d'être saisie de demandes en annulations des différentes modifications de l'article 57, § 2 ou de questions préjudicielles: arrêts 51/94, 169/2002, 106/2003, 5/2004, 131/2005, 166/2005, 32/2006, 34/2006, 35/2006, 43/2006, 44/2006 et 66/2006.

52. B. 10.

53. Pour plus de détails, voy. F. TULKENS et Th. MOREAU, *Droit de la jeunesse*, cité, pp. 82, 94-96 et 108-110.

Les causes de la déchéance sont demeurées en substance les mêmes depuis 1912: elle peut être la conséquence d'une condamnation pénale à une peine criminelle ou correctionnelle du chef d'une infraction commise sur l'enfant ou avec lui, ou résulter du comportement d'un parent qui par mauvais traitements, abus d'autorité, inconduite notoire ou négligence grave, met en péril la santé, la sécurité ou la moralité de son enfant. Plus choquant, un parent peut être déchu de l'autorité parentale pour avoir épousé une personne elle-même déchue, comme si elle contractait par ce mariage une sorte de maladie sexuellement – mais surtout socialement – transmissible.

La déchéance sanctionne ainsi en principe les agissements ou les omissions des parents, mais elle peut aussi signifier en fait l'échec ou l'absence d'assistance éducative ou, indirectement, le manque de moyens permettant à la famille de vivre dignement. La Cour européenne des droits de l'homme a souligné la gravité de la mesure et les conditions très strictes qu'elle implique⁵⁴.

Selon les derniers chiffres disponibles, en 2003, 81 décisions de déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale ont été enregistrées, dont 68 déchéances totales (dont une complétée par une déchéance partielle) et 14 partielles (dont une vient en complément d'une déchéance totale). On remarquera la concentration des décisions au sein de quelques juridictions: 32 ont été prononcées par le Tribunal de la jeunesse de Liège, 12 par le Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, 8 par le Tribunal de la jeunesse de Tournai, 6 par le Tribunal de la jeunesse d'Anvers et autant par le Tribunal de la jeunesse de Dinant, 5 par le Tribunal de la jeunesse d'Eupen⁵⁵. Les causes ne sont pas connues de la ministre de la Justice. Gageons qu'elles concernent surtout les familles socialement défavorisées. Il semble que certains parquets utilisent les réquisitions de déchéance pour faciliter l'adoption, tentant d'éviter une confrontation entre les parents d'origine et les candidats adoptants.

La déchéance de l'autorité parentale est souvent très péniblement vécue par les parents concernés.

Entendre décréter par jugement que l'on est indigne d'avoir des enfants peut être subjectivement pire qu'une peine d'emprisonnement. La stigmatisation sociale et l'autodévalorisation qu'une telle décision entraîne sont peut-être sous-estimées.

La réintégration totale ou partielle dans les droits relatifs à l'autorité parentale peut être accordée, même après l'accession de l'enfant à sa majorité (art. 60 de la loi du 8 avril 1965).

II^e partie: Les ébranlements récents de l'autorité parentale

Les fondements de l'autorité parentale ont été fortement ébranlés ces dernières années par des facteurs de type sociologique ou anthropologique, qui ont entraîné des prises de position jurisprudentielles, expliquent certaines évolutions législatives relevées dans la première partie de ce commentaire, ou en suscitent d'autres actuellement.

Le législateur subit certaines de ces transformations sociales, parfois entend les encourager, quelquefois choisit de les négliger.

A cet égard, il est permis de se demander si le droit de l'autorité parentale ne conserve pas son défaut congénital bien connu, celui d'être conçu avant tout par et pour une classe sociale autochtone aisée, que l'on qualifie globalement de bourgeoise lorsque l'on évoque les destinataires premiers du Code civil au XIX^e siècle. Les réformes sont peu soucieuses des différences économiques, sociales et culturelles qui parcourent la société belge et la transforment, tout comme elles négligent manifestement les brassages qu'impliquent les relations mondiales contemporaines et la présence de centaines de milliers de familles d'origine étrangère dans notre pays⁵⁶. Les travaux préparatoires des récentes réformes législatives n'en font pas mention, les experts ne sont pas auditionnés sur ces sujets par les parlementaires. Le législateur se rend-il compte, par exemple, que l'hébergement égalitaire suppose que chacun des parents séparés soit en mesure de payer un logement susceptible d'accueillir les enfants ? Sait-il qu'"une aide pour

54. C.E.D.H., 8 avril 2004, *Haase c/ Allemagne*.

55. Question n° 7104 de M. Melchior WATHELET, 14 juin 2005, C.R.A., Ch. repr., n° CRABV 51 COM 645, 2.

56. En ce qui concerne les familles d'origine étrangère, dont les membres n'ont pas acquis la nationalité belge, rappelons que l'article 35 de la loi du 16 juill. 2004 portant le Code de droit international privé porte:

"§ 1^{er}. L'autorité parentale et la tutelle, ainsi que la détermination de l'incapacité d'un adulte et la protection de la personne ou des biens d'un incapable sont régies par le droit de l'Etat sur le territoire duquel cette personne a sa résidence habituelle au moment des faits donnant lieu à la détermination de l'autorité parentale, à l'ouverture de la tutelle ou à l'adoption des mesures de protection. En cas de changement de la résidence habituelle, la détermination de l'autorité parentale ou de la tutelle dans le chef d'une personne qui n'est pas déjà investie de cette responsabilité est régie par le droit de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle. L'exercice de l'autorité parentale ou de la tutelle est régi par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'enfant a sa résidence habituelle au moment où cet exercice est invoqué.

§ 2. Si le droit désigné au § 1^{er} ne permet pas d'assurer la protection que requièrent la personne ou ses biens, il est fait application du droit de l'Etat dont la personne a la nationalité.

Le droit belge est applicable lorsqu'il s'avère impossible, matériellement ou juridiquement, de prendre les mesures prévues par le droit étranger applicable".

*l'éducation des enfants ne palliera jamais l'insuffisance de revenus, l'insalubrité d'un logement ou la mauvaise qualité, voire l'absence d'un emploi*⁵⁷ ? A-t-il pris conscience que les rôles sociaux attribués à la femme et à l'homme, à la mère et au père, que le rapport intergénérationnel sont vécus dans bien des familles autrement que dans celles qu'il a sous le regard lors des réformes ? Comprend-il par exemple que dans des dizaines de milliers de familles en Belgique, il n'est pas convenable, ni aux yeux de l'homme, ni aux yeux de la femme, que le premier contribue à la préparation des repas, que la seconde se préoccupe de questions techniques, ou qu'un enfant, quel que soit son âge, demande à son père de lui apporter un verre d'eau ? Sait-il que l'oncle maternel, spécifiquement le frère aîné de la mère, demeure dans bien des cas une personne d'une importance considérable dans le positionnement psychologique et social des jeunes ? On peut craindre que l'affrontement entre diverses cultures familiales soit gravement négligé, alors qu'il contribuerait à expliquer certaines difficultés sociales actuelles, ou – pire – que le message implicite du législateur exprime la conviction séculaire de l'Europe et de ses classes les plus aisées d'être "en avance" sur d'autres cultures, celles-ci ayant d'autant plus de raisons de s'adapter à "nos" modèles que les immigrés auraient "choisi" de vivre dans nos pays.

Sans rentrer ici plus avant dans l'exploration de cette carence, on se contentera de mentionner quelques phénomènes sociologiques récents détachés du brassage culturel, qui semblent avoir eu des conséquences directes sur la jurisprudence et les réformes législatives. Bien d'autres pourraient être évoqués. On se contente, un peu arbitrairement, de mentionner la bipolarisation entre l'individu et l'Etat, la distorsion entre la fin de l'autorité parentale et la fin de l'obligation d'entretien, la disqualification des pères et de la figure paternelle, la prise en compte du nouveau partenaire d'un parent, la sacralisation des droits de l'enfant et enfin, pour tenter de rejoindre l'actualité législative récente, le déplacement de la responsabilité parentale vers la sanction parentale.

1. La bipolarisation entre l'individu et l'Etat

Entre les familles nucléaires, voire les individus qui la composent, d'une part, la puissance publique de l'autre, les groupes sociaux intermédiaires susceptibles d'influencer les com-

portements familiaux ont quasiment disparu. La famille élargie aux grands-parents, frères et sœurs des adultes, n'est plus mêlée aux discussions et aux décisions relatives au comportement des enfants. Les familles ne vivent plus sous les yeux des autres paroissiens ou de la communauté villageoise qui exerçaient jadis sans nul doute des pressions susceptibles de modifier leurs décisions⁵⁸.

Les institutions de proximité ne sont plus proches. Le juge de paix, le centre public d'action social, dépositaires de la puissance publique, sont selon l'histoire censés connaître les personnes qu'ils rencontrent en raison d'une proximité de lieu de vie au sein du canton ou de la commune, et à ce titre représenter le groupe social le plus voisin, mais chacun sait qu'il n'en est plus rien à de rares exceptions près. Face à l'individu, face au parent, face à l'enfant en difficulté émerge une seule alternative: la prise en main de la famille par la puissance publique lointaine, dont la personnalisation est éclatée en une multitude d'intervenants: policiers, travailleurs sociaux de tous horizons institutionnels, médecins et soignants, conseillers ou directeurs de l'aide à la jeunesse, parquet, avocats, juges. L'Etat a plus que jamais pris la figure de l'ogre, fût-il philanthropique⁵⁹. Le paternalisme d'Etat, au sens premier du terme, s'impose manifestement. La figure du père de famille, depuis l'aube de la philosophie occidentale, est mobilisée pour légitimer l'autorité de l'Etat. Aujourd'hui, un phénomène inverse est en voie d'aboutissement. A travers la surveillance, le placement de l'enfant, la déchéance de l'autorité parentale, le stage parental dont il sera question plus loin, l'Etat est devenu la figure paternelle par excellence, qui remplace celle qui est de plus en plus souvent confisquée aux parents et singulièrement au père de famille. Ainsi, pour prendre un exemple ultime mais significatif, si le père ne peut plus emprisonner ses enfants, pratique jugée complètement dépassée depuis longtemps, l'Etat construit des prisons pour jeunes et en construira d'autres en Belgique, aux Pays-Bas, en France. Le retournement est achevé par rapport à la conception de 1804. La méthode de l'enfermement est réhabilitée mais le titulaire de la puissance est le père public et non plus le père privé.

Ce phénomène a pour conséquence une solitude exacerbée des parents, renforcée le cas échéant par la séparation d'avec l'autre auteur de l'enfant. Ou bien le parent est en mesure de faire face aux responsabilités de l'éducation, ou bien la puissance publique intervient.

57. Centre pour l'égalité des chances et lutte contre le racisme, Service de lutte contre la pauvreté, *Rapport 2005*, cité, p. 39.

58. Il en reste quelque chose cependant. La "divortialité" est plus élevée en milieu urbain qu'en milieu rural où l'on vit davantage encore sous le regard des autres. Voy. J. FIERENS, "La forteresse assiégée. Réflexions sur les statistiques du divorce", *cette revue*, 2005/4, pp. 60-64.

59. *L'ogre philanthropique* est le titre d'un essai de l'écrivain Octavio PAZ (1979).

II. La distorsion entre la fin de l'autorité parentale et la fin de l'obligation d'entretien

LOYSEL avait rappelé que “*Droit de puissance paternelle n'a lieu*”⁶⁰, ce qu'il faut comprendre non en ce sens que le père n'avait pas de droits sur la personne et sur les biens de son enfant, mais que la *patria potestas* perpétuelle du droit romain était inconnue. Le droit canonique avait aussi œuvré en faveur de l'émancipation des enfants lorsqu'ils se mariaient. En général, la puissance paternelle s'exerçait, sous l'empire des coutumes de nos régions, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge de vingt-cinq ans. A ce moment, il était souvent marié depuis longtemps. En s'inspirant de ces coutumes et en refusant la persistance de la puissance paternelle tant que le père était en vie, le Code civil avait, au début du XIX^e siècle, une connotation moderne.

Aujourd'hui, on le sait, la majorité civile a été fixée à dix-huit ans. Sauf émancipation, rendue plus rare depuis la loi du 19 janvier 1990 du fait même de cet abaissement, et sauf mise sous statut de minorité prolongée, c'est à cet âge que cesse l'autorité parentale. L'obligation d'entretien et d'éducation qui la justifie, par contre, se poursuit après la majorité de l'enfant jusqu'à ce que sa formation soit achevée (article 203, § 1^{er}, al. 1^{er} C. civ.). Elle perdure souvent plusieurs années après l'accession à la majorité. Les besoins de formation, on le sait, nécessitent un temps d'études ou d'apprentissage de plus en plus long pour ceux dont les parents sont en mesure de l'assumer. Entre dix-huit ans et l'achèvement de l'éducation, les droits et les devoirs des parents et des enfants sont donc marqués par l'asymétrie. Les premiers n'ont plus, ni en droit, ni en fait bien souvent, de pouvoir de décision vis-à-vis des jeunes, qui n'ont aucun devoir à l'égard de leurs auteurs, n'étant pas en mesure par hypothèse d'être leurs débiteurs sur la base de l'article 205 du Code civil. Seule demeure l'obligation réciproque de respect, non sanctionnée, de l'article 371 du Code civil.

Si en elle-même la solution légale n'est guère critiquable, il reste qu'au niveau juridique et symbolique, l'équilibre entre les droits des parents et leurs obligations est rompu, parfois pendant une période considérable. Ce phénomène peut provoquer soit un sentiment d'impuissance dans le chef des parents, soit même une démission de leurs responsabilités.

III. La disqualification des pères et de la figure paternelle

L'évolution des modalités d'exercice de l'autorité parentale a indiqué que le droit a tenté de

s'adapter aux mutations des rapports mari-femme, et surtout père-mère. L'autorité paternelle a été remise en question d'abord par l'affirmation progressive et nette de la nécessité de légaliser l'exercice de l'autorité maternelle. Toutefois, les séparations du couple devenant de plus en plus fréquentes et de plus en plus rapides, il est apparu que la solution de la loi du 31 mars 1987 consistant à lier l'exercice de l'autorité et la garde de l'enfant, qui devait constituer l'exception à l'exercice concurrent, n'était plus satisfaisante. Elle consacrait en fait dans bien des cas – retour du balancier – la suprématie de la mère plus souvent titulaire de la garde. La question devint fréquemment de savoir comment garder au père une place signifiante aux yeux des enfants, lui qui selon notre culture n'était plus le *pater familias* depuis longtemps, même dans les familles unies.

Aujourd'hui, quand la loi dit que l'autorité parentale doit demeurer conjointe même en cas de séparation, ou que l'hébergement égalitaire est la règle, chacun entend qu'elle s'époumone pour lutter contre les tendances inéluctables des parents séparés à ignorer les droits de l'autre. Sans minimiser la gravité de certains comportements adoptés par les pères, dont les enlèvements internationaux sont un aspect dramatique, on ne peut ignorer que le parent qui héberge le plus souvent l'enfant en fait est celui qui risque de méconnaître davantage les droits de l'autre, et il s'agit encore dans la plupart des cas de la mère.

Par ailleurs, les rôles respectifs du père et de la mère sont devenus, aux yeux du législateur en tout cas, quasi indifférenciés. Les attentes sociales et individuelles à l'égard de l'un et de l'autre sont moins définies, si pas toujours en fait, du moins en principe. Le père n'est plus investi à lui seul du rôle de soutien économique comme il l'était dans la famille bourgeoise, loin s'en faut. Les papas se déclarent aptes à materner et les mamans doivent à l'évidence souvent assumer la figure de l'interdit et du rappel symbolique de la loi. Le père, fondamentalement séparateur de l'enfant et de sa mère, risque de ne plus pouvoir ou de ne plus vouloir remplir ce rôle structurant.

Le phénomène est accentué par la légitimation et la légalisation des unions homosexuelles et de l'adoption par ces couples, qui n'ont d'autre choix que de minimiser ou de contester la dualité fondamentale masculin-féminin pourtant inscrite au cœur des grandes traditions philosophiques et religieuses⁶¹.

La loi suggère aussi en matière familiale, implicitement mais certainement, que ni les parte-

60. *Institutes coutumières*, n° 55.

61. On ne souhaite pas recommencer les discussions qui ont précédé, accompagné et suivi les lois mentionnées plus haut. Contentons-nous, si possible, du constat. Ainsi, un jugement du Tribunal de la jeunesse de Malines du 28 avril 2004 (*R.W.*, 2004-2005, p. 30) relève au passage que des jumeaux nés d'une fécondation *in vitro* et éduqués par un couple de lesbiennes appellent la partenaire de leur mère biologique “*moeke*” (“Petite mère”) et qu'elle représente bien “*een tweede moeder*”.

naires adultes, ni le législateur lui-même ne sont encore bornés dans leur choix de régulation des relations interpersonnelles au sein de la famille, tout entières dépendantes de l'autonomie des volontés. Tout est possible, pourvu qu'on soit d'accord: se marier ou non, avec un homme ou avec une femme, avoir des enfants ou non, en choisir le nombre et bientôt le sexe, sans évoquer même les aspects patrimoniaux de l'union. En d'autres termes, en matière familiale, la figure de l'interdit s'estompe considérablement. Le législateur prométhéen redécouvre qu'il convient d'imposer des limites aux enfants et aux jeunes, tout en leur donnant dans le même temps l'illusion que tout est permis si le consentement existe.

La filiation paternelle est aussi de moins en moins certaine, même quand elle l'est biologiquement, et de moins en moins pérenne. La Cour d'arbitrage a réhabilité le contrôle d'opportunité sur l'établissement de la filiation paternelle hors mariage⁶². La loi dont on attend l'imminente promulgation la rendra plus incertaine encore, notamment parce que le père biologique d'un enfant adultérin *a matre* pourra contester la paternité du mari⁶³.

L'écart entre la réalité biologique et la réalité sociale s'accroît avec les techniques de procréation artificielle et les manipulations génétiques, mais davantage au préjudice des pères, puisque la gestation, et donc la maternité, demeure le seul phénomène socialement évident.

L'attribution à l'enfant du nom patronymique du père, du moins lorsque la filiation paternelle et la filiation maternelle sont établies en même temps, compense culturellement l'absence irréductible de visibilité sociale de la paternité (art. 335 C. civ.)⁶⁴. Or, on le sait, cette attribution est elle aussi remise en question.

Avec l'effacement de la figure masculine, celle de la séparation et de l'interdit, la figure féminine se dilue évidemment de manière corollaire, d'autant que plus de femmes que d'hommes doivent tenter aujourd'hui le pari impossible d'assumer les deux rôles.

IV La prise en compte du nouveau partenaire d'un parent

De plus en plus souvent, le rapport à l'enfant ne se joue plus entre deux ou trois paires d'yeux, mais doit prendre en compte le compagnon, la compagne, le nouveau conjoint éventuel du parent séparé. C'est ici qu'est intervenu l'arrêt n° 134/2003 du 8 octobre 2003 de la Cour d'arbitrage, particulièrement interpellant pour notre matière, parce qu'il touche cette fois à la notion même d'autorité parentale⁶⁵. La Cour avait été saisie de la question préjudicielle visant à savoir "*si les articles 371 et suivants du Code civil violent les articles 10 et 11 de la Constitution en tant que l'autorité parentale ne peut être accordée qu'aux personnes ayant un lien de filiation avec un enfant*". En l'espèce, deux femmes avaient habité ensemble comme un couple pendant dix ans et avaient fait engendrer un enfant par l'une d'elle, en recourant à l'insémination artificielle avec donneur, méthode de fécondation sur laquelle les deux parties avaient marqué leur accord. Elles avaient cohabité pendant dix ans et avaient élevé l'enfant ensemble. A l'issue de la cohabitation, elles avaient conclu un accord, acté dans un jugement, attribuant le droit de garde matérielle de l'enfant à celle qui avait été la mère porteuse et accordant à l'autre un large droit de visite. Cet arrangement avait été modifié un certain nombre de fois, chaque modification

62. Par arrêt n° 66/2003 du 14 mai 2003, la Cour d'arbitrage a dit pour droit que l'article 319, § 3, alinéa 1^{er}, du Code civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'il réserve à la seule mère d'un enfant âgé de moins de quinze ans la possibilité de refuser de consentir à la reconnaissance de celui-ci par un homme dont la paternité n'est pas contestée. Contrairement à ce qu'elle avait dit dans l'arrêt n° 63/92 du 8 oct. 1992, la juridiction constitutionnelle dit cette fois que la même disposition ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle permet au juge, saisi d'une demande de reconnaissance d'un enfant âgé de moins de quinze ans par un homme dont la paternité n'est pas contestée, d'exercer un contrôle portant sur l'intérêt de l'enfant à voir établie cette filiation. S'il est vrai que pareille exigence n'existe pas pour la reconnaissance maternelle, l'origine de la discrimination ne réside pas dans l'article 319, § 2, du Code civil. Le contrôle d'opportunité, disparu depuis 1992, était ainsi réhabilité par la Cour constitutionnelle en 2003.

63. Voy. Projet de loi modifiant des dispositions du Code civil relatives à l'établissement de la filiation et aux effets de celle-ci, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51 0597/039. Ce texte, adopté en séance plénière de la Chambre le 8 juin 2006, a été soumis à la sanction royale.

64. Voy., dernièrement, la proposition de loi du 19 oct. 2005 modifiant le Code civil en ce qui concerne l'attribution du nom de famille, afin de garantir la transmission de l'identité familiale par le port du double nom (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 512037/001). Par arrêt n° 161/2002 du 6 nov. 2002, la Cour d'arbitrage a dit pour droit que l'article 335, § 1^{er}, du Code civil ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, aux motifs que la préférence accordée au nom de famille paternel s'explique par les conceptions patriarcales de la famille et du ménage qui ont été longtemps dominantes dans la société. Sur ce sujet, J. FIERENS, "Comment tu t'appelles ?" Réflexions autour d'une proposition de loi modifiant le Code civil en vue de supprimer les discriminations entre hommes et femmes dans la transmission du nom à l'enfant", *Rev. rég. dr.*, 2002, n° 102, pp. 11-39.

65. C.A. n° 134/2003, 8 oct. 2003, *Arr. C.A.*, 2003, liv. 4, p. 1647; *M.B.*, 19 janv. 2004 (première édition), p. 2605; *E.J.*, 2003, liv. 9, p. 134, note P. SENAËVE; *R.W.*, 2003-2004, liv. 26, p. 1016, note T. ROBERT et note V. VERLINDEN; *Rev. trim. dr. fam.*, 2004, liv. 1, p. 185, note J.-L. RENCHON; *T.J.K.*, 2004, liv. 1, p. 39, note T. ROBERT.

ayant été actée dans un jugement. La mère juridique avait demandé de modifier les conventions antérieures. En cours d'instance, les parties étaient parvenues à un accord. Devant le juge *a quo*, les parties demandaient en ordre principal de pouvoir exercer en commun l'autorité parentale et, en ordre subsidiaire, de pouvoir exercer conjointement le droit de garde matérielle. En ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale, le juge *a quo* avait considéré à juste titre que celui-ci ne pouvait être attribué que sur la base d'un lien de filiation légalement établi entre un homme ou une femme et un enfant, ou par suite d'adoption simple ou plénière. Le juge *a quo* avait ainsi observé que sous l'empire de la législation actuellement en vigueur, la création d'un lien de filiation avec la "deuxième mère", en sus du lien de filiation légal déjà existant, était impossible. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne pouvait pas non plus être invoqué, compte tenu de l'arrêt *Johnston* dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a considéré qu'il n'était pas possible de déduire dudit article 8 une obligation pour l'Etat membre d'élaborer dans le droit interne, en faveur des couples cohabitants non mariés, un statut équivalent à celui des couples mariés, de sorte qu'il peut être admis, par analogie, que l'Etat membre ne peut être contraint d'élaborer, concernant le droit de filiation pour les personnes cohabitantes de même sexe, un statut qui serait équivalent à celui des personnes de sexe différent.

La Cour d'arbitrage répond, et c'est ici qu'intervient une définition téléologique actuelle de l'autorité parentale, telle que donnée pour la première fois par la Cour constitutionnelle, que "*l'autorité dite parentale est une institution qui vise en premier lieu à accorder une protection à l'enfant mineur qui, en raison de sa vulnérabilité et de son immaturité physique et mentale, doit recevoir des soins spécifiques et bénéficier d'une protection particulière*"⁶⁶. La définition est particulièrement large. Dans le but d'accorder cette protection et dans le souci de l'intérêt de l'enfant comme de sa socialisation, poursuit la Cour, le législateur a confié cette autorité en premier lieu aux parents de l'enfant. Ce n'est que lorsqu'il n'y a pas de parents qu'il est fait appel à un tuteur, qui, en général, appartient à la famille de l'enfant.

Aux termes de l'article 3, § 1^{er}, de la Convention relative aux droits de l'enfant, "*l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*". En vertu de l'article 3, § 2, de cette Convention, les Etats parties se sont engagés "*à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui*" et "*à prendre à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées*"⁶⁷. Les dispositions de la loi belge ne permettent toutefois pas qu'un enfant qui n'a qu'un seul parent à l'égard duquel la filiation est établie mais a vécu de manière durable au sein du ménage formé par ce parent et par un tiers qui assument tous deux la charge de l'entretien de l'enfant, puisse voir consacrer juridiquement son droit à la protection et au bien-être, alors même que les personnes qui l'éduquent s'engageraient à les lui fournir durablement. L'article 375bis du Code civil, s'il permet l'organisation de relations personnelles entre un enfant et la personne qui justifie d'un lien d'affection particulier avec celui-ci, ne permet pas de donner à ce lien des effets qui consacraient juridiquement les engagements auxquels cette personne offrirait de souscrire à l'égard de cet enfant. Celui-ci pourrait donc perdre brutalement tout droit aux soins, lesquels comprennent le droit à l'entretien et à la protection de la personne qui l'a élevé, en cas de séparation du couple et, spécialement, en cas de décès du parent qui a un lien de filiation avec lui. Il s'ensuit que cette catégorie d'enfants fait l'objet d'un traitement différent sans justification admissible.

Suivant un raisonnement qui n'est pas exceptionnel⁶⁸, la Cour d'arbitrage considère cependant que la discrimination ne réside pas dans les articles 371 à 387bis du Code civil, mais plutôt dans une carence législative. C'est alors "*au législateur qu'il appartient de préciser sous quelle forme, à quelles conditions et selon quelle procédure l'autorité parentale pourrait, dans l'intérêt de l'enfant, être étendue à d'autres personnes qui n'ont pas un lien de filiation avec lui, les dispositions n'étant pas susceptibles d'être appliquées telles quelles, par analogie, à la situation décrite*"⁶⁹.

La Cour prend ainsi nettement position quant à la solution qui s'impose: détacher l'autorité parentale de l'existence d'un lien de filiation, peut-être sous la forme d'une délégation possible de l'autorité parentale comme elle existe en France⁷⁰.

66. B.2. Il est regrettable que la Cour d'arbitrage ne souligne pas que l'autorité du tuteur se distingue clairement, du point de vue juridique, de l'autorité parentale.

67. B.4. Relevons au passage que la Cour d'arbitrage n'hésite pas à s'appuyer sur l'article 3 de la Convention des droits de l'enfant, dont l'éventuel effet direct est discuté. C'est qu'en matière de contrôle de la non-discrimination, la question de l'effet direct ne se pose pas. Dès lors que la Belgique, Etat partie à la Convention, met en œuvre cet article, elle ne peut le faire de manière discriminatoire.

68. Voy. pour la première fois l'arrêt n° 31/96 du 15 mai 1996; V. VERLINDEN, "Lacunes in de wetgeving: wat doet het Arbitragehof (niet) ?", note sous C.A. n° 134/2003, 8 oct. 2003, *R.W.*, 2003-2004, liv. 26, p. 1018.

69. B.7.

70. Voy. *supra*, note 37.

On ne saurait la suivre aveuglément. La question est précisément de savoir si la seule solution, pour qu'un tiers à l'égard duquel un enfant n'a pas de filiation puisse assurer "le droit aux soins et au bien-être", passe nécessairement par l'octroi de l'autorité parentale. La définition de celle-ci, telle qu'elle est proposée par la Cour d'arbitrage, pourrait correspondre à d'autres institutions, au premier rang desquelles se situent les différentes sortes de tutelle déjà mentionnées, ou la protutelle. Bien sûr, celles-ci ne s'ouvrent précisément qu'en l'absence de fait ou juridique de parents. Toutefois, elles démontrent que le législateur a imaginé depuis 1804 qu'un enfant pouvait avoir besoin d'un adulte, souvent proche, pour voir assurer son droit aux soins, sans qu'il soit nécessaire d'accorder l'autorité parentale à ce dernier et sans opérer la scission entre l'autorité parentale et le lien de filiation. Il n'apparaît pas requis de désigner par "autorité parentale" le rapport existant entre un enfant et un adulte protecteur qui n'est pas son parent, ni par conséquent de lui attribuer des droits équivalents. Les recherches menées en vue de promouvoir la "parenté sociale", qui a été à juste titre mise en concurrence avec la possibilité d'adoption par deux personnes du même sexe, devraient encore retenir l'attention⁷¹. Comme de plus en plus souvent le législateur, la Cour d'arbitrage se révèle en définitive peu capable de percevoir la différence entre des situations familiales proches mais distinctes. L'autorité parentale risque de s'en trouver encore affaiblie, en théorie comme en pratique. Mal nommer les choses peut ajouter au malheur des familles.

V. La sacralisation des droits de l'enfant

La protection internationale des droits relatifs à la vie familiale constitue un progrès. L'influence bénéfique de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'évolution des relations familiales n'est plus à démontrer⁷². La proclamation et la légalisation des droits de l'enfant, le renforcement progressif de leur effectivité dans certains pays comme le nôtre, représentent une avancée incontestable. Le droit de l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, tel qu'il est consacré par l'article 12, § 2, de la Convention de 1989, a modifié non seulement les procédures, mais probablement, dans bien des cas, leurs résultats, au bénéfice des enfants.

L'insistance sur les droits de l'enfant comporte cependant aussi, à l'évidence, ses effets pervers. Irène THÉRY ne peut avoir complètement tort lorsqu'elle souligne que le texte de la Convention de New York est ambigu et qu'il manifeste à sa manière une crise profonde de la transmission de la filiation en Occident⁷³. Dans la pratique, les droits de l'enfant sont aussi mobilisés contre ses éducateurs, parents ou enseignants, ce qui provoque son isolement. Même si la Convention s'en garde, le risque est toujours de considérer l'enfant comme un adulte en plus petit. On oubliera vite, alors, si un jour il adopte un comportement inadéquat, déplaisant, hostile, délinquant ou dangereux que jusque dix-huit ans il n'est qu'un jeune qui tourne mal, et après cet âge qu'il est un enfant qui a mal tourné.

Au nom des droits de l'enfant, le conflit entre enfants et parents, et entre ceux-ci, est lui-même évité, voire nié, et l'argument d'autorité – parentale ou judiciaire – dévalorisé: les juges sont remplacés par de nouveaux acteurs, conciliateurs, médiateurs ou avocats "collaboratifs", censés mener à l'acceptation qui évitera par le dialogue et la voie négociée la décision unilatérale des parents à l'égard de l'enfant ou celle du juge à l'égard des parents en conflit. Encore une fois, le propos n'est pas ici d'exprimer des réticences de principe, ou une nostalgie à l'égard de conceptions éducatives désuètes. Le dialogue a ses vertus irremplaçables et constitue aussi une obligation fondamentale des parents. Il est évidemment indispensable de dépassionner les conflits familiaux. Il demeure cependant que dans le chef de l'enfant, la perception de la relation avec ses auteurs peut s'en trouver modifiée: l'autorité parentale se négocie, se contractualise aussi. Ce mouvement participe d'ailleurs à l'évidence à une sorte d'impérialisme de la convention qui s'est imposé dans la formation et la décomposition des familles, dans l'éducation des enfants et des jeunes, dans la vie économique, dans l'action sociale, dans l'action politique interne ou internationale, faisant de nos sociétés dites occidentales les plus libérales de l'Histoire⁷⁴. Hors de la Convention, pas de salut: les parents négocient avec les enfants parfois en bas âge, les enseignants concluent des contrats (pédagogiques), les politiciens agissent prétendument par contrats ("d'avenir pour la Wallonie", ou "pour l'école"), le législateur instaure des contrats (d'intégration) qui doivent sauver de la pauvreté. Dans ce contexte, si les parents doivent affirmer leur autorité, précisément

71. Voy. J.-L. RENCHON, "Parenté sociale et adoption homosexuelle. Quel choix politique ?", *J.T.*, 2005, pp. 125-132.

72. Voy. N. GALLUS, "Les relations parentales et la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. dr. U.L.B.*, 2006, pp. 13 et s. J. FIERENS, "L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le Livre premier du Code civil belge", *Les Cahiers de droit* [Université Laval], mars-juin 2005, vol. 46, pp. 89-112.

73. I. THÉRY, "Les droits de l'enfant et le lien social", dans R. DANDURAND, R. HURTEBISE, C. LE BOURDAIS (dir.), *Enfances. Perspectives sociales et pluriculturelles*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1996.

74. Sur ce sujet, J. FIERENS, "La figure contractuelle dans la formation du lien matrimonial, le divorce et l'établissement de la filiation", in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 281-300.

parce que la convention avec les enfants, comme entre parents, n'est pas toujours possible, elle peut s'en trouver compromise.

VI. Le déplacement de la responsabilité parentale vers la sanction parentale

Les mutations de l'autorité parentale, la méconnaissance de certaines difficultés sociales dues aux conflits de culture intergénérationnels ou entre groupes sociaux ont conduit l'opinion publique à faire pression sur le législateur qui se laisse guider par elle plus qu'auparavant dans certaines matières. Le temps serait revenu d'une sorte de reprise en main de leurs enfants par les parents, et des parents par la loi. Le dernier avatar de ce sursaut est l'instauration du "stage parental", à titre de sanction contre les parents, par la loi du 13 juin 2006 modifiant la législation relative à la protection de la jeunesse et à la prise en charge des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction⁷⁵. Pour des raisons de répartition de compétences entre l'Etat fédéral et les instances fédérées, il est censé répondre non pas aux difficultés que les parents peuvent rencontrer en général dans leur tâche d'éducation, mais au problème spécifique du mineur délinquant.

Dans une première hypothèse, ce stage pourra être imposé par le juge, sur réquisition du ministère public ou d'office, si les conditions sont remplies (art. 29bis nouveau de la loi du 8 avril 1965). Elles sont particulièrement nombreuses et restrictives:

1. Les personnes concernées devront exercer l'autorité parentale sur le mineur délinquant. Seront ainsi exclus les parents qui sont totalement déchus de l'autorité parentale ou qui sont déchus des droits prévus à l'article 33, 1^{er} et 2^o, de la loi du 8 avril 1965, les tuteurs, les subrogés tuteurs, les tuteurs officieux, les tuteurs "CPAS" ou les tuteurs désignés conformément au titre XIII, chapitre 6 "Tutelle des mineurs étrangers non accompagnés" de la loi-programme du 24 décembre 2002.
2. Le mineur devra avoir été condamné pour un fait qualifié infraction; il ne saurait être question de stage pour les parents qui par exemple négligent, même gravement, l'éducation de leur enfant si celui-ci ne commet pas un tel fait.
3. Le juge devra constater que les titulaires de l'autorité parentale manifestent un désintérêt caractérisé à l'égard de la délinquance du mineur; cette condition ne pourra être déduite de la seule attitude du mineur.
4. Le juge devra constater que le désintérêt de ces personnes contribue aux problèmes du mineur.

5. Le stage parental devra être une mesure complémentaire à une mesure imposée au mineur par le juge de la jeunesse; le stage devra pouvoir être bénéfique pour le mineur délinquant lui-même.

En l'absence de condamnation du mineur, le procureur du Roi pourra proposer le stage parental si, *mutatis mutandis*, les mêmes conditions sont réunies (art. 45bis nouveau de la loi du 8 avril 1965):

1. les personnes concernées devront exercer l'autorité parentale sur le mineur délinquant;
2. le mineur devra déclarer ne pas nier avoir commis un fait qualifié infraction;
3. les titulaires de l'autorité parentale manifesteront un désintérêt caractérisé à l'égard de la délinquance du mineur;
4. le désintérêt de ces personnes contribuera aux problèmes du mineur;
5. le stage pourra être bénéfique pour le mineur délinquant lui-même.

L'exécution effective de ce stage permettra au procureur du Roi de renoncer à l'action publique, encore que la loi ne prévoit pas explicitement qu'il en sera ainsi.

Ces conditions multiples s'expliquent sans doute autant par les difficultés que le législateur a éprouvées pour justifier sa compétence que par un projet pédagogique. D'un côté, l'Etat fédéral est compétent pour ce qui concerne le mineur délinquant. D'un autre, l'aide aux personnes relève de la compétence des Communautés. C'est la raison pour laquelle la ministre de la Justice s'est efforcée d'expliquer d'abord que le stage parental est une sanction. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a estimé que si les auteurs du projet peuvent démontrer que, bien qu'il vise directement les parents, le stage parental est en fait une mesure qui peut également bénéficier au mineur délinquant, il peut être admis que la mesure envisagée entre dans le champ d'application de l'article 5, § 1^{er}, II, 6^o, d, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁷⁶. Le stage parental belge est donc en lui-même une répression, la ministre l'a répété tout au long des travaux parlementaires, tant à la Chambre qu'au Sénat: "*il s'agit de sanctionner un comportement de désintérêt caractérisé à l'égard de la délinquance des jeunes dont les personnes concernées ont la responsabilité*". Cette position monolithique étant cependant intenable, la ministre d'ajouter: "*Toutefois, il ne peut être nié qu'une telle réponse revêt accessoirement un caractère d'aide et d'assistance*"⁷⁷. "*Cette mesure s'adresse à des parents démissionnaires et manifestant un désin-*

75. M.B., 19 juill. 2006, p. 36.088. Les dispositions relatives au stage parental, comme les autres, rentreront en vigueur à une date fixée par le Roi, et au plus tard le 1^{er} janv. 2009 (art. 65 de la loi du 13 juin 2006).

76. Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-1467/1, avis du Conseil d'Etat, p. 84.

77. Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-1467/1, exposé des motifs, p. 20.

térêt caractérisé à l'égard des faits commis par leurs enfants. Ces parents par leur absence de réaction détériorent, voire amplifient la situation de leurs enfants. Il ne s'agit donc pas de parents débordés ou dépassés et 'qui font vraiment ce qu'ils peuvent'. Ceux-ci ne doivent pas être sanctionnés mais soutenus. Par contre, ne nous voilons pas la face, il existe hélas une minorité de parents qui ne se préoccupent absolument pas du devenir de leur enfant et qui, par leur attitude, amplifient la dynamique délinquante dans laquelle leur enfant se retrouve. Ces parents abandonnent quasiment leur enfant à leur sort. La société ne peut rester insensible à cette situation, elle doit prendre ses responsabilités⁷⁸.

L'institution du stage parental s'inspire explicitement d'une recommandation du Conseil de l'Europe concernant les nouveaux modes de traitement de la délinquance juvénile et le rôle de la justice des mineurs⁷⁹. On peut supposer qu'est particulièrement visé le paragraphe 10 de cette recommandation, qui énonce: "Il conviendrait d'encourager les parents (ou les tuteurs légaux) à prendre conscience de leurs responsabilités envers le comportement délictueux des jeunes enfants et à les assumer. Ils devraient être présents aux audiences des tribunaux (à moins que cela ne soit considéré comme allant à l'encontre du but visé) et, lorsque les circonstances le permettent, se voir proposer aide, soutien et conseil. Si cela se justifie, ils devraient être tenus d'accepter un accompagnement psychosocial ou de suivre une formation à l'exercice des responsabilités parentales, de veiller à ce que leur enfant fréquente l'école et d'assister les organismes officiels dans l'exécution des sanctions et mesures dans la communauté". La recommandation du Conseil de l'Europe n'évoque cependant en rien un caractère répressif dans le chef des parents. L'ambiguïté de l'initiative belge est patente.

Le stage parental supposera donc nécessairement, plus que la simple carence, une culpabilité dans le chef d'un ou des parents. Il est significatif que les débats parlementaires aient très peu porté sur le contexte sociologique ou politique de la délinquance des jeunes, l'horizon de la réflexion dépassant rarement *a priori* le cadre de la famille nucléaire.

Certes, la discussion de fond et d'opportunité est lourdement polluée par les problèmes de compétence indiqués. La ministre fédérale n'avait pas le choix de l'angle d'attaque. Il n'empêche que l'on peut se demander si c'est de sanction que des

parents ont besoin s'ils en arrivent à apparemment se désintéresser de leur enfant au point de sembler favoriser sa délinquance.

En tout cas, le système risque de ne pas réhabiliter l'autorité des parents aux yeux de leur enfant délinquant, au moment même où ce pourrait être le plus nécessaire. Le jeune percevra inévitablement que ses parents sont punis avec lui (ou même sans lui), et qu'ils sont des incapables puisqu'ils sont tenus d'aller à l'école des parents, donc qu'ils sont au moins en partie responsables de ses actions.

On ne sait par ailleurs encore quasi rien sur le contenu et la méthode de ce stage, dont l'organisation relève des Communautés et nécessite d'ailleurs à ce titre un accord de coopération avec l'Etat fédéral.

Le débat rebondit lorsque l'on constate que se soustraire au stage ordonné par le tribunal pourrait coûter aux parents d'aller en prison. L'article 85 nouveau de la loi du 8 avril 1965 porte que le tribunal de la jeunesse peut condamner à un emprisonnement d'un à sept jours et à une amende d'un euro à vingt-cinq euros ou à une de ces peines seulement, les personnes investies de l'autorité parentale à l'égard du mineur ayant commis un fait qualifié infraction qui manifestent un désintérêt caractérisé à l'égard de la délinquance de ce dernier et qui refusent d'accomplir le stage parental visé à l'article 29bis, ou qui ne collaborent pas à son exécution. Le projet prévoyait que la sanction pénale pouvait être prononcée également en cas de stage librement accepté sur la proposition du parquet, mais le législateur a suivi sur ce point l'avis du Conseil d'Etat et a renoncé à viser également le stage accepté dans le cadre de l'article 45bis nouveau⁸⁰. Si une telle sanction est un jour prononcée, sera-t-elle mise à exécution ? Si non, pourquoi la prévoir ? Si oui, on en arrivera à enfermer les parents à l'occasion d'un fait qualifié infraction de leur enfant, éventuellement pour éviter d'enfermer celui-ci.

A force de culpabiliser les parents pour de bonnes et de mauvaises raisons, le principe de la responsabilité pénale individuelle est ainsi mis à mal. Si les parents, formellement, ne seront pas punis pour l'acte de leur enfant mais pour leur propre "absence de réaction", il reste que la commission de cet acte et le lien avec l'attitude des parents sont une exigence légale pour l'imposition du stage. Voilà des débats en perspective sous l'angle notamment de l'article 6, § 2, de la

78. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2005-2006, n° 51-1467/018, Rapport fait au nom de la Commission de la justice par Mme Hilde CLAES, 25 avril 2006, pp. 4-5.

79. Adoptée par le Comité des ministres le 24 sept. 2003, lors de la 853^e réunion des délégués des ministres, *Rec.* (2003) 20; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-1467/1, exposé des motifs, p. 18.

80. Voy. l'avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2004-2005, n° 51-1467/1, p. 104.

Convention européenne des droits de l'homme et du principe de la personnalité de la peine⁸¹.

Réflexions finales

L'autorité parentale n'est pas un concept périmé. Depuis deux cents ans, selon le droit belge, sa raison d'être n'a pas changé. Engendrer entraîne des obligations à l'égard des enfants, et l'autorité parentale doit fondamentalement permettre aux parents de les remplir. C'est pour cela qu'ils ont des droits.

S'il ne faut toucher aux lois qu'avec des mains tremblantes, les tremblements sont en tout cas de plus en plus frénétiques. Toutefois, jusqu'à présent, seuls changent les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la gestion des conflits s'y rapportant, les modalités du contrôle social, les moyens de soutenir la parentalité. La notion même est stable. La loi tantôt s'efforce de s'adapter aux changements des rapports intrafamiliaux, tantôt prétend les susciter. La vieille question de savoir si les faits influencent le droit ou l'inverse ne peut se résoudre que si l'on admet une causalité circulaire.

La tâche parentale n'est pas facilitée par les influences extérieures plus nombreuses et plus fortes que subissent les enfants, et les moyens de soutenir les parents se sont raréfiés.

Le droit de correction paternelle n'existe plus, et c'est tant mieux à condition que l'Etat, porteur quasi exclusif désormais de la figure paternelle, respecte dans l'enfant ce qui est enfance, même à 17 ans et demi. Un jeune qui vole ou qui tue n'est pas un adulte délinquant précoce, mais un enfant qui grandit mal. L'enfermement, contraire au vœu du Comité des droits de l'enfant et partant sans doute à la Convention de 1989, ne résoudra pas davantage le problème de la délinquance que ne le faisait au XIX^e siècle l'emprisonnement décidé par le père.

L'assistance éducative doit cesser d'être d'abord une menace et le labyrinthe médiatico-institutionnel qui en fait une sanction à travers le stage parental alimente plus que jamais un vieux doute sur son efficacité. Le soutien à la parentalité sous-entend constamment la faute de parents qui se débattent avec toutes les vieilles difficultés de l'éducation, et toutes les nouvelles. Eduquer ses enfants nécessite parfois l'appui d'un apprentissage institutionnalisé, mais concevoir celui-ci comme une punition est hautement dommageable.

Le jugement porté sur les parents, les modalités légales de l'exercice de l'autorité parentale ne tiennent pas compte des réalités culturelles ou économiques vécues au bas de l'échelle sociale.

Le devoir d'entretien dure de plus en plus long-

temps, mais les parents ont de moins en moins de prise sur leurs grands enfants. Tout va bien pour certains, tout va moins bien pour d'autres.

Les mères doivent souvent remplir seules tous les rôles parentaux, les pères ne savent plus qui ils sont.

La sacralisation des droits de l'enfant contribue aussi à l'isoler et peut distendre les liens familiaux.

Détacher l'autorité parentale de la filiation, comme le suggère la Cour d'arbitrage, consisterait à toucher à l'essence même de l'autorité parentale et risque d'accentuer encore les difficultés. D'autres institutions permettent de rencontrer les besoins d'un enfant privé de père et de mère, ou proche d'un adulte qui n'est ni l'un ni l'autre. On ne peut à la fois insister sur les responsabilités particulières des parents jusqu'à les menacer de sanction pénale, et prétendre remettre en question le lien spécifique qui les unit à leur enfant.

Geppetto, en créant Pinocchio, en devient responsable. Il n'y a pas de doute à ce sujet. Les devoirs des parents sont indiscutables et, comme c'est le cas depuis 1804, ils prévaudront toujours sur leurs droits à l'égard de leurs enfants. Certes, Pinocchio était né orphelin de mère, mais après tout l'adoption par une seule personne ou par un couple homosexuel masculin aboutit aujourd'hui au même résultat, et le législateur n'a étonnement pas estimé qu'il y aurait là de difficulté particulière. On ne saura jamais si pour la turbulente marionnette, les choses se seraient mieux passées dans l'hypothèse où la maman avait existé. Il n'existe pas de mesureur de bonheur de l'enfant, même dans les "*études américaines qui démontrent que...*". Geppetto, quant à lui, a dû se sentir bien seul, en prison puis dans le ventre de la baleine. Le regard social sur ses hésitations, ses fautes peut-être, était dur et sans concessions. Les carabiniers se sont mêlés de l'exercice de l'autorité parentale dès le premier âge de l'enfant, au nom de l'intérêt de celui-ci. L'école n'a pas permis à Pinocchio de faire l'économie de certains apprentissages, dont celui de l'influence dangereuse de certains autres jeunes, et la société en a parfois payé le prix. Faut-il vraiment pour cela condamner le vieux papa ?

Ce qui est bien, avec les contes, c'est que l'on peut être sûr qu'ils se terminent bien. C'est Pinocchio, finalement, qui a délivré Geppetto et l'a rendu heureux. Pas la loi, ni les carabiniers, ni les juges. Affaire suivante.

Jacques FIERENS

Avocat

Professeur extraordinaire aux FUNDP à Namur

Chargé de cours à l'ULg

81. La Cour européenne des droits de l'homme déduit en effet le principe de la personnalité des peines de la présomption d'innocence consacrée à l'article 6, § 2, de la Convention. Voy. arrêt du 29 août 1997, *E.L., R.L. et J.O.-L. c/ Suisse*, § 53. Un débat s'ouvrira pour déterminer si le stage parental est une "matière pénale" au sens de cette disposition, mais l'insistance de la ministre sur le caractère "sanctionnel" et la circonstance que le refus de s'y soumettre entraîne des peines dont le caractère répressif ne fait aucun doute devraient inciter à considérer que l'article 6 de la Convention est applicable.